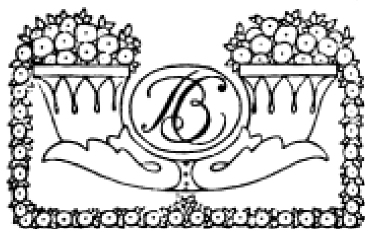
Philosophische

ABHANDLUNGEN

HERMANN COHEN
zum 70sten Geburtstag (4. Juli 1912)
DARGEBRACHT



BERLIN M·D·C·C·C·C·X·I·I
VERLAG BRUNO CASSIRER

Die Idee der Strafe

Von Max Salomon in Frankfurt a. M.

I.

Es ist in neuester Zeit die Aufmerksamkeit darauf gelenkt worden [1]), dass, wie dem Kampf zwischen den Strafrechtsschulen der Klassizisten und Modernisten, zwischen Retribution und Prävention, so überhaupt den gewichtigsten und ältesten Streitfragen der gesamten Rechtswissenschaft eine charakteristische — und in der Rechtsphilosophie auch als solche schon lang erkannte — Differenz von Wertbeziehungen zu Grunde liegt. Das höchste Problem des Strafrechts ist damit aus seiner Isolierung befreit und in einen grösseren Problemzusammenhang eingefügt.

Um was handelt es sich denn bei dem Streite der klassischen und modernen Strafrechtsschule? Beide gehen davon aus, das Vorliegen eines Verbrechens berechtige und verpflichte den Staat, den Verbrecher wegen des Verbrechens mit einem Uebel zu belegen. Der Unterschied des „quia peccatum est" der Retributionisten und des „ne peccetur" der Präventionisten erhebt sich also auf der gemeinsamen Basis des „postquam peccatum est". Ebenso ist beiden Lehren gemeinsam, dass mit der Zufügung des Uebels ein Zweck verfolgt wird; es ist also missverständlich, wenn die Präventionsstrafe als Zweckstrafe bezeichnet wird. Der Schulenstreit basiert vielmehr geradezu auf einer Konkurrenz der Zwecke. Was ist höher zu bewerten bei Ausgestaltung des, postquam peccatum est, erforderten Uebels: das Interesse des Staates an seiner Unversehrtheit, oder das Interesse am Wohle eines Einzelnen; des

[1]) **Radbruch**, Einführung in die Rechtswissenschaft (1910). **Radbruch** folgt einer Anregung von **Lask**, Rechtsphilosophie, in **Windelband**, Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts, 2 A. 283.

Verbrechers etwa, oder des Geschädigten, oder der Menschen mit verbrecherischen Neigungen?

So wie hier verhält es sich mit allen sozialen Phänomenen. Wir betrachten sie entweder unter dem Aspekte des individualistischen Werttypus und beziehen sie damit auf die Idee einer Vollendung der sittlichen Persönlichkeit; oder wir bewerten sie an einem überindividualistischen Massstabe, sodass auch das ethische Individuum erst von hier seinen Wert erhält. Ueberindividualistisch ist seiner Idee nach jeder menschliche Verband; vorzüglich aber derjenige, welcher sich am meisten über das Individuum erhebt, der Staat. Unter Wiederaufnahme scholastischer termini und in Analogie der Ethik zur Logik lässt sich also geradezu von einer Aseïtät und einer Abaliëtät des Staates respektive des Individuums sprechen, je nachdem dem Staate resp. dem Individuum ein Eigenwert oder ein nur abgeleiteter Wert zuerkannt wird. Auch in der Volkswirtschaftslehre [2]) ist kürzlich die Aufmerksamkeit darauf gelenkt worden, dass die Streitfragen der Nationalökonomie, so, um ein Beispiel anzuführen, der Gegensatz in der Verteidigung von Freihandel oder Schutzzoll, in der Divergenz dieser beiden Grundanschauungen begründet sei. Die Durchführung dieses Gedankens wird sich zweifellos wie für die Rechtswissenschaft so auch für die Volkswirtschaftslehre fruchtbar erweisen.

Aber nur, wenn die Erkenntnis lebendig wird: die Rückführung der Theorien auf solch elementare Prinzipiengegensätze müsse zum Vehikel für die Austragung dieses Gegensatzes vor dem Forum der Wissenschaft werden. Mag immerhin die Rechtswissenschaft eine Rechtspolitik von sich fern halten, weil sie an einer wissenschaftlichen Lösung dieses Problems verzweifeln zu müssen glaubt; und mag mit noch so gutem Recht die Volkswirtschaftslehre, indem sie sich auf ihre wahre Aufgabe, die leidenschaftslose und wertfreie Erkenntnis und Beschreibung der volkswirtschaftlichen Tatsachen, besinnt, allen politischen Tendenzen dieser Wissenschaft den Krieg ansagen: nimmermehr darf darum auch die Frage nach dem Seinsollenden überhaupt verschwinden. Rechtspolitik und Volkswirtschaftspolitik können im System der Wissenschaften nicht fehlen; das hiesse an aller Wissenschaft und aller Kultur verzweifeln.

---

[2]) **Pohle,** Die gegenwärtige Krisis in der deutschen Volkswirtschaftslehre (1911) 59 ff.

So wenig die Philosophie eine kontradiktorische Zweiheit von Weltanschauungen hinnehmen kann, so wenig darf das Strafrecht sich mit einer Rückführung seiner Theorien auf eine solche Zweiheit begnügen. Einen ersten Ansatz für die methodische, eine Lösung anbahnende Fragestellung finden wir gleich vor. Wenn die Rechtswissenschaft darin gipfelt, einen Kontrast fundamentaler Prinzipien zu konstatieren, so hat die Rechtsphilosophie sich gerade dieses Endergebnis zum Problem zu machen.

II.

Indem dem Staat ein Eigenwert zuerkannt wird oder ein nur abgeleiteter Wert, wird entweder der Staat Norm für den Menschen, oder umgekehrt der Mensch Prinzip für den Staat. Beide Lehren offenbaren aus ihren eigenen Konsequenzen heraus ihre Einseitigkeit und Unhaltbarkeit.

Da, wo dem Staate ein Eigenwert zukommt, mag vielleicht der Gedanke vorschweben, der Staat sei im Sinne einer Idee zu nehmen; in Wahrheit aber lässt sich, wenn der ethische Begriff des Individuums keine Aseität hat, eine Beziehung nur zu dem Staate der Erscheinung herstellen. Zu welchem Staatsgebilde aber? Nun, zu jedem einzelnen, mag die zufällige Gestaltung sein, wie nur immer. Es kommt jedem Staat ohne weiteres, allein deswegen, weil er dieses soziale Gebilde ist, Wert zu; und der Wert bleibt der gleiche, mag auch noch so sehr Entrechtung oder Ausschluss ganzer Volkskreise aus dem Staatsleben vorliegen oder Unterdrückung der einen Klasse durch die andere. Denn es fehlt ja jedes ethische Gegengewicht, jede Möglichkeit auch nur, den Begriff des Individuums zur Kontrolle zu verwenden. Darum darf der wertvollste Mensch dem wertlosesten Staate geopfert werden. Es ist kein Preis zu hoch, um den Staat in seiner augenblicklichen Gestaltung zu konservieren. Schiller, der in seiner Vorlesung „Die Gesetzgebung des Lykurgus und Solon“ [3]) geradezu paradigmatisch die Entwicklung von Staaten in beiden Auffassungen darstellt, hat dem Resultate dahin Ausdruck gegeben: es wird „die ganze Moralität preisgegeben, um etwas zu erhalten, das doch nur als ein Mittel zu dieser Moralität einen Wert haben kann“. Der Staat wird zum Idol, er ist ethisch inhaltlos, eine Form ohne gestaltende Fülle. Unausbleiblich führt die Einseitigkeit der Bewertung und die Ein-

[3]) Cottasche Säkulär-Ausgabe XIII 57 ff.

geengtheit des Blickes auf zufällige Gegebenheiten dahin, dass der Staat, der dem einzelnen Menschen so unendlich überlegen sein will, die Menschen dennoch verschieden bewertet; natürlich nicht nach ihrer Bedeutsamkeit für die Idee des Staates, denn der Staat orientiert sich ja nicht an dieser Idee, sondern nach ihrer Nützlichkeit und Brauchbarkeit für die gegebene Erscheinungsform dieser Idee.

Zu gleich unhaltbaren Ergebnissen führt die ausschliessliche Anerkennung eines originären Wertes für das Individuum. Der Staat ist hier nur unter dem Gedanken eines Zusammenschlusses der Einzelnen zu fassen. Ein solcher Staat kann den Einzelnen nicht über sich selbst erheben. Jeder Einzelne trägt in sich den ausschliesslichen Massstab für eine Bewertung der Handlungen des Staates. Wie in der vorhergehenden Betrachtung die zufällige Erscheinungsform des Staates galt, so hier die gleichmässige unveränderliche Gleichheit Aller, nicht aber die Idee eines Individuums. Wo den Handlungen des Staates hier dem Willen des Einzelnen gegenüber ein überwiegender Wert zuerkannt wird, da löst sich die scheinbare Antinomie dadurch, dass die betreffende Handlung als condicio sine qua non für den Bestand des Staates, dieser aber als unersetzbar zweckmässig und nützlich für das Wohl des Einzelnen gedacht wird, sodass die Negation des Willens des Einzelnen in Wahrheit zu einer Position dieses Willens sich umgestaltet. Es fehlt die Möglichkeit, das Verhalten des Staates gegenüber einem Einzelnen oder umgekehrt eines Einzelnen gegenüber dem Staate zur Norm für die Handlungen des Staates oder des Einzelnen überhaupt zu machen. Damit entfällt die Voraussetzung aller Gesetzmässigkeit, und der Boden für die Unbeständigkeit, wie sie Schiller in der oben genannten Vorlesung für Athen darstellt, ist geebnet.

Die philosophische Begründung des Staatsrechts muss sich gegen solche standpunktliche Einseitigkeiten wenden. Mit der Front nach zwei Seiten muss sie den Kampf aufnehmen gegen „die Irrlehren der Liberalität und Legitimität“. Sie findet ein lehrreiches Beispiel für eine solche Disposition in der philosophischen Rechtslehre des Schweizer Philosophen Troxler,[4]) dessen Vaterland in den Systemen Rousseaus und Hallers „die zwei äussersten Enden von politischen Lehren in seinem Schosse ausgeheckt“ hatte, und der gerade aus dieser Zwiespältigkeit der letzten

[4]) Philosophische Rechtslehre der Natur und des Gesetzes mit Rücksicht auf die Irrlehren der Liberalität und Legitimität (1820).

Grundlagen heraus zur Frage nach dem richtigen Verhältnis von Mensch und Staat kam. Bei aller Verschiedenheit, die wir hier gegenüber Troxler festhalten, besteht die Gemeinsamkeit mit ihm doch in der Grundtendenz, in der Erkenntnis nämlich, dass es zwischen den Prinzipien der Restauration und Revolution (diese Bezeichnung der liberalen Weltanschauung hat später Stahl, aber in offensichtlicher Tendenz, verwendet), „etwas sie Beziehendes gibt, dass aber dieses eben das sie beiderseitig Begründende ist". Seine Lösung allerdings, welche durch den Begriff der Menschheit und den daraus abgeleiteten Begriff der Nation gegeben wird, kann hier nicht übernommen werden. An die Stelle dieser vagen Begriffe tritt dasjenige, was wir als eines der höchsten Ergebnisse des deutschen Idealismus hochhalten müssen: die Korrelation von Recht und Staat.

Damit der Staat leisten kann, was hier von ihm gefordert ist, Bedingung der Möglichkeit des Rechts zu sein, muss der Gedanke aufgegeben werden, dass er in einer Zusammenfassung der Individuen bestehen könne; man muss aufhören, ihn unter der Kategorie der Mehrheit zu denken. Nur die Allheit verbürgt seine Unendlichkeit. Daraus ergibt sich aber zugleich die Forderung seiner Unendlichkeit. Die Unendlichkeit würde Auflösung bedeuten, wenn nicht in dem Begriffe des Individuums ein Gegengewicht gegeben wäre, das die Allheit auf die geschichtliche Wirklichkeit bezieht. Die Allheit darf nicht ohne die Einheit gedacht werden, sonst wird sie inhaltlos; und die Einheit nicht ohne die Allheit, sonst fehlt das regulierende Prinzip, das allererst Gesetzlichkeit gewährleistet. Nur die Reziprozität der beiden Werte kann Norm sein.

Das ist der Gedanke, welcher dem Staatsrecht Kants zugrunde liegt. Schon in seiner Formulierung des kategorischen Imperativs kommt es zum Ausdruck, dass die Orientierung an der Allheit die Sittlichkeit fundiert. Von der entgegengesetzten Beziehung, der Bedeutung der Einheit für die Allheit, ist hier noch nicht die Rede. Auch in der Staatslehre ist Ausgangspunkt zunächst die Einheit; die Allheit ist wie bei dem kategorischen Imperativ Voraussetzung der Gesetzmässigkeit für die Einheit. Aber die Staatslehre kann sich nicht mit einer Ausdehnung der Prinzipien der Kritik der praktischen Vernunft begnügen, die in der Autonomie der sittlichen Persönlichkeit den Grundpfeiler der Ethik erkennt. Ihr genügt nicht der Nachweis, dass die für das Leben im Staate not-

wendige Anerkennung der „Anderen“ die eigene Freiheit nur scheinbar einschränkt, dass die Freiheit hierbei vielmehr ihre Bestärkung und prinzipielle Ausdeutung erfährt. Hier im Staatsrecht erweist es sich, dass ebenso die Allheit nur im Hinblick auf den Einzelnen zu ihrer Definition gelangen kann. Das ist der tiefe Sinn der Worte, in welchen Kant das Postulat eines Uebergangs von dem sogenannten natürlichen in den rechtlichen, den bürgerlichen Zustand aufstellt. Die Bedeutung der Einheit für die Allheit tritt am sinnfälligsten zu Tage in der Kennzeichnung des Einzelnen als Staatsbürgers und als Gesetzgebers für den Staat. Die Freiheit des Einzelnen gewinnt erst im Staate ihre Bestimmtheit und Begründung, ganz analog ist auch umgekehrt die Freiheit des Einzelnen Norm für den Staat. Nur dasjenige Gesetz ist ethisch gültig, zu welchem jeder Staatsbürger seine Zustimmung gegeben haben könnte. Der Sozialkontrakt, bis dahin in den Systemen des Naturrechts ein historisches Faktum oder eine Fiktion, wird zur normgebenden Grundlage für das Verhältnis von Staat und Mensch. In dieser Idee des Staates kommt die Reziprozität von Einheit und Allheit zum Ausdruck: sie dient uns als Ausgangspunkt für die Erkenntnis des Wesens der Strafe.

Wenn hier auf Kants Staatslehre zurückgegriffen wird, so liegt der Einwand nahe, Kant selbst habe ja in den Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, woselbst auch sein Staatsbegriff die eingehendste Begründung erfahre, von der Strafe gehandelt; er lehre ein unzweideutiges Vergeltungsstrafrecht in prononciertester Form; der Versuch, der hier unternommen werden solle, habe also bei Kant bereits seine autoritative Erledigung gefunden. Indessen — ich verweise auf die Ergebnisse meiner Untersuchung über „Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht“ [5]) — seine strafrechtlichen Lehren gründen sich auf den Staat als Erscheinung, nicht aber auf den Staat als Idee. Sie dürfen deshalb nicht als Werte seines philosophischen Systems angesprochen werden.

Sobald einmal die Aufgabe so gestellt ist, die Idee der Strafe sei aus der Idee des Staates abzuleiten, erkennen wir, dass nicht von einer inhaltlichen Bestimmtheit des Strafbegriffs ausgegangen werden darf. Es muss eine offene Frage bleiben, ob Strafe ein Uebel für den Gestraften sei. Dem

[5]) Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft XXXIII 1 ff.

Strafrecht wird die Frage nach der Idee der Strafe nur als Problem entnommen. Dieses aber tendiert nur ganz allgemein auf diejenigen Handlungen des Staates, welche durch das Vorliegen eines Verbrechens zur Auslösung gelangen sollen.

III.

Dieser Disposition zufolge gilt es zunächst festzustellen, was, von der Staatsidee aus betrachtet, dasjenige bedeutet, was die Strafe im Gefolge hat. Hierfür ist die Bezeichnung „Verbrechen" geläufig. Aber das „Verbrechen" hat notwendig seine Beziehung zu dem „Verbrecher". Und was die Strafe und also auch das Verbrechen für den Verbrecher als moralische Persönlichkeit bedeutet, das darf für uns — vorläufig wenigstens — nicht in Betracht kommen. Deshalb müssen wir vom Unrecht ausgehen, als einem nicht auf eine einzelne Person beschränkten Zustand, der in einem solchen Verhältnis zu der Idee des Staates steht, dass aus dieser heraus sich Forderungen zur Aenderung dieses Zustandes ergeben.

Dabei bedarf es sogleich einer Abgrenzung des Unrechts gegenüber dem Nichtrecht. Unrecht und Nichtrecht haben dies gemeinsam, dass sie im Gegensatz zum Recht stehen, mithin einen Zustand bezeichnen, welcher der Idee der allgemeinen Freiheit nicht adäquat ist. Man darf nicht meinen, Unrecht und Nichtrecht in engeren Definitionen fassen zu können, so etwa, dass man sich begnügte, Mangel oder Verlust desjenigen zu betonen, der durch das Unrecht oder Nichtrecht betroffen wird. Die Idee des Staates bedeutet gegenseitige Bedingtheit der Freiheit Aller. Darum ist begrifflich Mangel oder Verlust an Freiheit für einen Einzelnen ausgeschlossen, der nicht zugleich Mangel oder Verlust an der Freiheit Aller wäre. Man darf die Staatsidee als ein System der Freiheit bezeichnen. Jedwede Störung an irgend einem Punkte dieses Systems muss durch das ganze System hindurchgehen und an jedem anderen Systempunkte sich mehr oder minder bemerkbar machen.

Dieser begriffliche Gegensatz zu „Recht" ist Unrecht und Nichtrecht gemeinsam. Ihre Verschiedenheit ist nicht weniger prägnant. Das Nichtrecht ist ein „Nochnichtrecht", das Unrecht ein „Nichtmehrrecht"; wir konnten deshalb eben von Mangel und von Verlust an Freiheit sprechen. Die Idee der Freiheit als bestimmendes und richtunggebendes Prinzip kann nun aber weder Mangel noch Verlust an Freiheit dulden; sie erfordert in beiden Fällen eine — notwendig verschiedene — Aktion.

Bleiben wir zunächst bei dem Nichtrecht. Es ist das weite, endlose Gebiet, dem eine rechtliche Regelung, d. h. eine Ausgleichung der Willkür zur Freiheit im philosophischen Sinne, fehlt. Aber während ein Teil des Nichtrechts seine Charakteristik in dem Fehlen des Rechts erschöpft, wird dieses in einem anderen Teile zur Frage nach dem Recht. Für dieses und jenes Nichtrecht haben wir im Deutschen keine verschiedene Bezeichnungsmöglichkeit; im Griechischen kommt die Verschiedenheit der Negation durch οὐκ und μή zum Ausdruck. Dadurch, dass die ungeregelte Fülle des sozialen Lebens, als des Gegenstandes des Rechts, sich zu Lösungen erheischenden Problemen verdichtet, verwandelt sich das οὐκ ὄν zu dem fragenden μή ὄν, das Nichtrecht zu einem „Nochnichtrecht" im prägnanten Sinne dieses Wortes. In der Problemfassung ist der Ansatz zur Lösung mitgegeben. Die Fragen nach dem Recht finden dadurch ihre Erledigung, dass die Idee der allgemeinen Freiheit auf sie angewandt wird. Ein sehr instruktives Beispiel bietet Sohm[6]) in der Darstellung der Geschichte des römischen Rechts. Er findet, wo er von der Unfreiheit der Sklaven spricht, den glänzend pointierten Satz: „Die Bestimmung der Unfreiheit . . . ist ihr Aufsteigen zur Freiheit." — Es bedarf keines näheren Hinweises, dass in diesen Ausführungen Cohens Urteil des Ursprungs zur Geltung kommt.

Wie das Nichtrecht als Nochnichtrecht, so wurde vorhin das Unrecht als Nichtmehrrecht bezeichnet. Man darf nicht meinen, nur die Verletzung eines solchen Rechtszustandes dürfe als Unrecht angesprochen werden, der in einer restlos adäquaten Darstellung der Idee des Rechts bestanden habe. „Recht" bedeutet hier die Tendenz zum Recht, und die Verletzung solcher Tendenzen qualifiziert sich als Unrecht. Die Verletzung des Rechts muss eine andere Wirkung der Freiheitsidee im Gefolge haben als das Fehlen des Rechts. Aus der Aktion, in der sich die Idee dem Nichtrecht gegenüber äussert, muss hier eine Reaktion werden; an die Stelle der Herstellung tritt eine Wiederherstellung des Rechtszustandes.

In der für die Heilung der Rechtsverletzung geforderten Reaktion muss der Begriff der Strafe wurzeln. Wir müssen uns aber hüten, die ganze

6) Institutionen, § 9.

Reaktion nur unter dem Gesichtspunkte einer gegen den Rechtsverletzer vorzunehmenden Handlung betrachten zu wollen. Das würde die in der Wahl des terminus „Unrecht" statt „Verbrechen" liegende Disposition aufheben und die Untersuchung einengen. Wie die das Unrecht ausmachende Störung das ganze Freiheitssystem erschüttert, so muss auch die hierdurch geforderte Reaktion der Idee des Rechts eine gleiche Wirkungsweite haben.

Aber, so wendet man vielleicht ein, hat denn die Vergeltung hier nicht ihre Rechtfertigung? Sie will doch die durch das Unrecht hervorgerufene Störung aufheben! Nun, die Retribution besteht darin, dass der Verbrecher gestraft, d. h. dass ihm ein Uebel zugefügt wird; wie sollte dadurch die ungestörte Freiheit Aller wiederhergestellt werden können? Nur der Ausweg eines dialektischen Prozesses bleibt übrig; dass nämlich die Position des Systems der Freiheit durch Negation der in dem Verbrechen sich ausprägenden Negation dieses Systems erreicht werden soll. Aber selbst wer diese Formel von der Negation der Negation gläubig hinnimmt, kann nimmermehr sagen wollen, Bestrafung des Verbrechers sei eine solche Negation der Negation. Negiert wird der Verbrecher (wenn er hingerichtet wird) oder seine Freiheit (z. B. seine Freiheit im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes bei der Freiheitsstrafe, oder seine Ehre u. s. w.), aber nicht sein Verbrechen, nicht die durch ihn verursachte Negation des Systems der Freiheit. Auch wenn man das Wesen der Strafe in der läuternden und reinigenden Natur des Schmerzes sieht, kann man nicht behaupten wollen, [7]) durch die Einführung einer solchen Betrachtung sei die Lücke im Strafrecht Hegels ausgefüllt.

Eines aber darf vor allem nicht übersehen werden; es richtet sich wie gegen die Vergeltungslehre so überhaupt gegen jede der heutigen strafrechtlichen Theorien: tilgen lässt sich das Unrecht überhaupt nicht. Die positive Seite des Unrechts, dasjenige, was das Unrecht vom Nichtrecht scheidet, darf nicht übersehen werden. Gewiss, das Unrecht ist als etwas Negatives anzusehen; die Orientierung erfolgt an der Idee des Rechts, und es ist nicht wie bei Schopenhauer umgekehrt das Recht von der Seite des Unrechts aus zu bestimmen. Aber darum hat das Unrecht dennoch auch dieses Positive: es hat sein untilgbares Dasein in der Zeit, dies, dass bestehende Tendenzen des Rechts einmal zerstört

---

[7]) **Kohler,** Hegels Rechtsphilosophie, im Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphil. V 113.

worden sind. Das lässt sich in keiner Weise wegdeuten oder dialektisch fortschaffen. Darum auch nützt die Formel *) nichts, die sonst nahe genug liegt: es müsse der Zustand hergestellt werden, der bestände, wenn das Unrecht nicht eingetreten wäre.

Aber wenn derart das Unrecht über das Nichtrecht auch hinausgeht: *methodisch* betrachtet muss es dennoch als ein Nichtrecht aufgefasst werden, und zwar als ein solches mit dem Negationswerte des μή. Denn das Unrecht ist *Problem* für das Recht in allen Fällen. Das Nichtrecht erfordert nicht in seinem ganzen Umfange eine Regelung durch die Idee des Rechts; und es mag zweifelhaft bleiben, ob es nicht in ihm eine Sphäre gibt, welche sich rechtlicher Gestaltung überhaupt entzieht. Da jedoch, wo eine Zerstörung des Rechts erfolgt ist, kann eine solche Neutralität nicht gedacht werden. Unrecht darf und kann niemals Unrecht bleiben. Auch das Unrecht muss Ursprung des Rechts sein, wie das Nichtrecht. Oder vielmehr: das Unrecht in seiner besonderen von dem Nichtrecht verschiedenen Gestaltung muss für die Idee des Rechts den Wert des Nochnichtrechts haben.

Beachtet man den positiven Charakter des Unrechts, so ergibt sich ohne weiteres: dem Unrecht gegenüber kann die Idee des Rechts, die Forderung der Wiederherstellung der ungestörten Freiheit Aller nur auf die Herstellung eines *neuen* Gleichgewichtszustandes gehen. In diesen muss das Unrecht als bestimmendes Prinzip eingehen. Das neue Freiheitssystem unterscheidet sich dadurch gerade von dem alten, durch das Unrecht gestörten, dass es dieses Mehr enthält. Die Gestaltung des neuen Freiheitssystems wird also durch dreierlei bedingt: durch die inhaltlichen Bestimmtheiten des alten Systems, durch den positiven Charakter des Unrechts und durch die Idee des Rechts. Will man es anders ausdrücken: das Positive in dem Unrecht besteht darin, dass es dem Staate Aufgaben stellt, dass es die sittlichen Tendenzen des Staates erneut auslöst. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Wenn anders es sich um Systeme handelt, ist eine durchgehende Umgestaltung innerhalb des alten Systems bei seiner Umwandlung in das neue erforderlich. Wieweit dabei tatsächliche Veränderungen notwendig werden, das allerdings lässt sich nicht a priori sagen. Niemals darf eine Position innerhalb des alten Systems, mag sie noch so sehr in dieser besonderen Lage der Idee des Rechts ent-

*) Nach dem Gedanken von § 249 B. G. B.

sprochen haben, als solche Wert beanspruchen; stets muss vielmehr durchgehends eine erneute Nachprüfung an dem Massstabe dieser Idee erfolgen, sonst wird der Idealismus, der alles in Bewegung auflöst und in ein ewiges Fortschreiten zu immer offener sich entschleiernden Zielen, ein starrer Idolismus. Gleiche Stellung innerhalb des alten und neuen Systems hat nur, was in dem Verhältnisse der beiden Systeme zueinander gleichen Rang beansprucht.

IV.

In dem neuen Freiheitssysteme muss auch derjenige, von dem die Verletzung des Systems ausgegangen ist, der das Unrecht begangen hat, wieder seinen Platz haben. Wenn wir die Untersuchung nach dieser Richtung hin fortsetzen wollen, dürfen wir die Orientierung an der Staatsidee nicht aufgeben und den Begriff des Verbrechers anderweitig ableiten wollen, so etwa, dass wir den Begriff der sittlichen Persönlichkeit einführen. Es gilt vielmehr auch hier, aus der Staatsidee heraus die nötigen Folgerungen zu ziehen. Aber die Bezeichnung „Verbrecher" ist nunmehr gefahrlos.

Man wird nicht auf den Gedanken kommen, die Bedeutung des neuen Freiheitssystems für das Verhältnis zwischen dem Verletzer und dem Verletzten bestehe darin, dass das Lust-Unlustkonto dieser beiden erneut ausgeglichen werde, dass also, weil der Verletzer dem Verletzten Unlust zugefügt und sich dadurch Lust verschafft habe, nunmehr dem Verletzer Unlust zugefügt und dadurch dem Verletzten Lust verschafft werden müsse. Es gibt kaum einen zweiten so unphilosophischen Gedanken. Es liesse sich ja vielleicht sogar bemerken: auch die nötige Weite, die Rücksicht auf das ganze Freiheitssystem, werde gewahrt; denn soweit die mit dem Verbrechen gegebene Lust und Unlust sich in der Person des Verletzers und des Verletzten über beide hinaus erstreckt habe, soweit reiche auch die durch die Bestrafung des Verbrechers ausgelöste Unlust und Lust. Indessen — hier handelt es sich um die Idee des Rechts, und nicht um Lust und Unlust.

Wohl aber muss zwischen dem Verletzten und dem Verletzer der Umfang ihrer Freiheit erneut ausgeglichen werden. In dem neuen Freiheitssysteme darf also der Verletzer n i c h t m e h r haben, was er unter Ausdehnung seiner Freiheit zur Willkür sich verschafft, was er also an Freiheit zuviel erlangt hat; und der Verletzte muss w i e d e r haben, was er unter Verletzung seiner Frei-

heit verloren hat. [9]) Das ist eine Folgerung aus der Idee des Rechts und bezeichnet deshalb nach beiden Seiten hin eine Aufgabe des Staates. Er muss dem Verletzer etwas abnehmen, dem Verletzten etwas geben. Die Erfüllung beider Aufgaben ist von einander unabhängig, sodass die Ersatzpflicht also nicht nur eintritt, wenn und insoweit die Rückführung der Willkür des Verletzers auf Freiheit, mithin die Fortnahme des zuviel Erlangten, sich realisieren lässt.

Aber, wie gesagt, nur ein Teil der Reaktion kann damit erfüllt sein. Dabei bleibt noch ungeprüft, wie der Ausgleich an Freiheit möglich ist. Hier, wo nur von Prinzipien gehandelt wird, kann uns diese Sorge nicht kümmern. Deshalb findet hier auch die Frage keine Beachtung, ob und in welcher Weise innerhalb der Rechtssphäre ein Ersatz der einzelnen Werte möglich ist, eine Frage, die allerdings fundamentale Bedeutung hat. Denn das wird doch nicht verkannt werden, dass, wenn oben von Rückgabe des an Freiheit Verlorenen gesprochen wurde, nicht an materielle Güter gedacht werden durfte. Das geht schon um deswillen nicht, weil auch hier wieder, ähnlich wie bei Unrecht und Nichtrecht, Verlust an Freiheit und Mangel an Freiheit, und Raub an Freiheit und Uebermass an Freiheit scharf auseinandergehalten werden müssen. Schon der einfachste Fall zeigt die hier bestehenden Schwierigkeiten. Der Diebstahl eines bestimmten Gegenstandes wird, soweit der Verlust an Freiheit in Betracht kommt, nicht dadurch ausgeglichen, dass dieser Gegenstand zurückgegeben wird. In dem neuen Freiheitssystem hat er nicht den gleichen Wert wie in dem alten; die Tatsache, dass er durch Diebstahl fortgenommen worden war, bleibt bestehen. Das Positive des Diebstahls bewirkt, dass die Freiheitssphäre des Bestohlenen nach Rückgabe des gestohlenen Gegenstandes allein nicht dasselbe bedeutet wie vor dem Diebstahl.

Dass die Ausgleichung der Freiheitssphären bei dem Verletzenden und dem Verletzten nicht die ganze durch die Freiheitsidee geforderte Reaktion restlos ausmacht, geht schon daraus hervor, dass in diesem Falle der Sinn einer Strafe aufgehoben wäre; die Grenze zwischen Zivil- und Strafrecht wäre vernichtet.

---

[9]) Zur Forderung einer Schadloshaltung des Verletzten finden sich einzelne Ansätze in der Literatur. Cf. z. B. **Oetker**, „Rechtsgüterschutz und Strafe" in Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft XVII 525 Note 84, und **Landsberg**, „Die Familie und das Opfer des Verbrechers" in Monatschr. f. Krim.-Psychol. VI 65.

V.

Auch was die Person des Verbrechers für unser Problem bedeutet, muss von der Rechtsidee aus bestimmt werden. In welcher Richtung diese Bestimmung zu erfolgen hat, kann nicht zweifelhaft sein. Wie das Unrecht, so ist auch der Verbrecher eine Anomalie für das System der Freiheit.

Ein Abweichen von der Reziprozität der Werte Einheit und Allheit ist in vierfacher Hinsicht denkbar: der Staat oder der Einzelne können einseitig die Einheit oder die Allheit betonen. Welche Folgen eintreten, wenn der Staat eine dieser Desorientierungen begeht, davon war schon die Rede; wir sahen: Allheit ohne Einheit ist leer, Einheit ohne Allheit ist regellos.

Die ausschliessliche Bewertung der Allheit durch den Einzelnen hat zur Folge, dass er isoliert bleibt. Neben ihm kann es wohl andere Einzelne geben, aber alle bleiben bedeutungslos für die Allheit, und darum auch ohne Beziehung zu den anderen Einzelnen. Der „Andere" kann niemals zum „Nebenmenschen" werden. Es mag den Anschein erwecken, als bedeute die übermässige Betonung der Allheit eine Selbstentäusserung, als opfere der Einzelne geradezu sein Selbst dem Staate auf. In Wahrheit beraubt er ihn des in ihm liegenden Wertes; der Staat verarmt, weil ihm ein Teil seines Inhaltes entzogen wird.

Schliesslich noch die letzte der oben angegebenen vier Möglichkeiten einer Desorientierung. Sie gibt uns die Definition des Verbrechers. Verbrecher ist, wer die Orientierung an dem Gedanken der Allheit verliert. Die der Kontrolle der Allheit entzogene Freiheit ist Willkür. Die unzulässige, d. h. dieser Kontrolle nicht gewachsene Ausdehnung der individuellen Rechtssphäre, das ist dasjenige, was von dem Standpunkte der Staatsidee aus das Verbrechen charakterisiert. Der Verbrecher stellt sich durch sein Verbrechen ausserhalb des Kreises derjenigen, die dem Staate zur Orientierung dienen. Er missachtet die Tendenz des Staates, ihn in der Allheit mitzuumfassen; er widerstrebt dem Staate, er wird rechtlos.

Für eine solche Charakteristik der Verbrechers dürfen wir uns auf das germanisch-deutsche Recht[10]) beziehen. Hier ist das Verbrechen Friedbruch. Mag auch immerhin anstelle des Staats-

[10]) Vgl. zum Folgenden die jetzt wohl eindringendste Untersuchung von **Binding**, Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Rechte (Leipziger Rektoratsrede 1908).

begriffes das losere Gefüge einer Volksgemeinschaft stehen, dennoch oder vielleicht gerade deswegen kommt das öffentlich-rechtliche Moment im Verbrechen zu einem Ausdruck, dessen grandioses Pathos wohl kaum mehr erreicht worden ist. Wer den Frieden, d. h. „den gesicherten und geordneten Zustand im Volke unter der Herrschaft des Rechts“ bricht, „dessen Tat schneidet . . . unbarmherzig das ganze Band durch, das ihren Täter bisher mit der Friedensgenossenschaft verknüpft hat“. Er steht damit ausserhalb der Rechtsgemeinschaft. Mit welcher geradezu erschütternden Logik dieser Gedanke die Auffassung des Verbrechens bestimmt, das zeigen die Wirkungen, welche aus der Friedlosigkeit für den Verbrecher hervorgehen.

In gleicher Richtung bewegen sich auch Kants Gedanken, soweit eine Orientierung an seiner Staatsidee vorliegt.[11]) Der Uebertreter des öffentlichen Gesetzes, so heisst es bei ihm, verliert seine Fähigkeit, Staatsbürger zu sein, also das Recht unter dem Gesichtspunkte betrachtet zu werden, als ob seine Zustimmung zu einem Gesetze notwendige Voraussetzung der Gültigkeit desselben sei. Er verliert weiter seine Gleichheit, ebenso auch die Befugnis zum Zwang gegen Andere — beides Grundrechte des Staatsbürgers, so dass auch durch diese Aussprüche der das Verbrechen ausmachende Verlust der Staatsbürgereigenschaft prägnant wird. Schärfer als Kant hat Fichte[12]) entsprechende Formulierungen gegeben: „Wer den Bürgervertrag verletzt . . ., verliert alle seine Rechte als Bürger und als Mensch und wird völlig rechtlos.“ „Jede Vergehung schliesst aus vom Staate.“ Rechtlosigkeit der Verbrechers lässt sich auch von Kants Standpunkt aus behaupten, doch hat hier dieser Begriff eine viel tiefere, viel innerlichere Bedeutung. Bei Fichte ist die Rechtlosigkeit ein Uebel für den Verbrecher, der Staat bleibt unbehelligt, während der Verlust der Fähigkeit Gesetzgeber zu sein und die hierdurch definierte Rechtlosigkeit unmittelbar den Staat angeht.

Es kann hier nicht auf die Feststellung ankommen, ob der Satz: Verbrechen sei eine unzulässige Ausdehnung der individuellen Rechtssphäre — auch umgekehrt werden darf, ob also überall da, wo der Einzelne die Orientierung an der Allheit verliert, ein Verbrechen vorliegt. Es genügt hier die Richtung zu bestimmen, in welcher die Definition des Verbrechens sich zu vollziehen hat.

---

11) Vgl. meinen oben Anm. 5 zitierten Aufsatz, S. 29 ff.

12) Grundlage des Naturrechts (Ausgabe von **Medicus** Bd. II, S. 264).

Der Begriff der Strafe, zu welchem wir auf dieser Basis gelangen, kann folgerichtig ebenso nur die Richtung aufweisen wollen, in der die Strafmassregeln zu suchen sind. Mag sein, dass eine umfassendere Ausgestaltung des Staatsrechts oder anderer Systemglieder der Rechtswissenschaft dem Strafrecht neue Gebiete erschliesst, oder dass eine scharfe Scheidung von Ethik und Recht unsere Definition einengt: vom Standpunkte der Rechtsidee aus muss (um des darin geforderten methodischen Zusammenhangs von Ethik und Recht willen) der Rechtsbegriff des Verbrechens und der ethische Begriff der Sünde (oder welch anderes Wort man hier statt dessen einsetzen mag) in der gleichen Richtung liegen; und auch wenn die Voraussetzungen eines staatlichen Eingriffs dahin sich erweitern, dass statt der verbrecherischen Handlung der „gefährliche Zustand“[13]) ausreicht, oder wenn der Kampf um die „Sicherungsstrafe“ sich zugunsten dieser entscheidet — kann es nur auf eine organische Entfaltung der Strafprinzipien hinauskommen, zu denen wir kommen.

Wir sind zu dem Ergebnisse gelangt, dass der Verbrecher infolge seiner Desorientierung rechtlos wird. Was geschieht mit diesem Rechtlosen? Bleibt er seiner Rechtlosigkeit überlassen?

Kant hat die hier auftauchenden Fragen nicht gelöst. Was soll erreicht werden, wenn der Staat des Verbrechers Rechtlosigkeit noch ausdrücklich betont? Soll die Rechtlosigkeit — und das ist doch die Tendenz der hier einsetzenden Handlungen des Staates — dadurch etwa verschwinden, dass dem Verbrecher der Makel seiner Rechtlosigkeit bestätigt wird? Die Rechtlosigkeit ist eine Folge des Verbrechens, ist also grundverschieden von Massregeln, welche durch diese Folge bedingt werden. Deshalb kann diese Rechtlosigkeit nimmermehr Strafe sein. Aber auch Fichte gelangt nicht zu haltbaren Ergebnissen. Er fordert Abschluss eines Abbüssungsvertrags zwischen dem Verbrecher und dem Staate. Es zeigt sich hier sofort die zwiespältige, unausgeglichene Begründung seines Strafrechtes. Um eine Sicherheit des Staates zu ermöglichen, wird der Strafandrohung (und auch dem Strafvollzuge) die Aufgabe einer Generalprävention zugewiesen. Dadurch ist bereits der Charakter der Strafe als eines Uebels für den Gestraften festgelegt. Wenn nun von dem anderen Ausgangspunkte

[13]) Ueber den gegenwärtigen Stand dieser Frage vgl. das Protokoll der Brüsseler Tagung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (Mitteilungen der I. K. V. Band 17.)

seiner Strafrechtslehre, der durch das Verbrechen bedingten Rechtlosigkeit des Verbrechers, aus eine Abbüssung dieser Rechtlosigkeit postuliert wird, dann ist die Frage von vornherein so gestellt: wie durch Erleiden eines zur Sicherheit des Staates bereits geforderten Uebels die Rechtlosigkeit verloren werde. Man braucht diese Frage nur zu stellen, um zu erkennen, dass hier keine Lösung des Problems erhofft werden kann. Ganz ebenso, wenn man von der mit der Abschreckungstheorie versuchten Grundlegung absieht. Dann bleibt dem Abbüssungsvertrage — wie sehr auch in der Durchführung dieses Gedankens Fichtes Humanität und ethische Begeisterung zum Durchbruch gelangt — doch stets der Makel anhaften, dass er auf einem Gnadenakte des Staates beruht. Der Verbrecher ist rechtlos, für den Staat verloren; und der Staat müsste seinen Ausschluss bewirken; aber wie der Verbrecher gern alles tun wird, um diesen schrecklichen Folgen zu entgehen, so auch ist für den Staat die Erhaltung seiner Bürger „zweckmässig". Diese Zweckmässigkeit hat natürlich eine Grenze an der Idee der Sicherheit der Bürger. So kann es uns nicht Wunder nehmen, dass der Satz[14]) auftritt, die Strafe der absoluten Rechtlosigkeit lasse sich nicht abbüssen. Dahin kommt man, wenn die Sicherheit der Bürger zur Norm für den Staat erhoben und der Staatsvertrag unter diesem Gesichtspunkte gewertet wird. Dann allerdings kann die Rechtlosigkeit des Verbrechers wohl zu einem Problem des Staates werden (das nach Gründen der Zweckmässigkeit gelöst werden mag), nimmermehr jedoch zu einem Anstoss für sittliche Aufgaben des Staates. Der tiefere Grund für die Unhaltbarkeit dieser Auffassungen Fichtes vom Staat und von der Strafe liegt — worauf hier nicht näher eingegangen werden kann — in der prinzipiellen Trennung von Recht und Sittlichkeit. Damit geht die Bedeutung des Staates für die Sittlichkeit verloren. Die Ausgestaltung des Staatsrechts in den späteren Werken Fichtes, seine Idee des Nationalstaates bleibt hier füglich unbeachtet.

Das aber ist es gerade, was wir aus der Kantischen Staatsidee zu lernen haben: Auch an dem Verbrecher hat sich diese Staatsidee zu bewähren. Der Uebergang von dem natürlichen in den bürgerlichen Zustand ist ein Postulat; wenn dem so ist, dann kann auch der Verbrecher nicht in einem natürlichen Zustande, also ausserhalb des Staates gedacht werden. Die Einheit ist ebenso Norm der Allheit, wie die Allheit

[14]) Fichte, l. c. 273.

Prinzip der Einheit. Eine Wiederaufnahme des Verbrechers, der sich selbst vom Staate ausgeschlossen hat, kann also weder dem Gutdünken des Staates anheimgegeben sein, noch in seinem eigenen Belieben stehen. Die Errichtung eines neuen Freiheitssystems ist ethische Notwendigkeit; in diesem Systeme aber muss der Verbrecher wieder seinen Platz finden. Auch die Handlungen, die auf die Verwirklichung dieser Aufgabe hinzielen, sind deshalb ethisch gefordert; und aus der Korrelation von Einheit und Allheit ergibt sich, dass diese ethischen Forderungen sich in gleicher Weise an den Verbrecher und an den Staat richten müssen. Sich selbst und dem Staate stellt der Rechtlose Aufgaben.

Wir müssen hier wieder an die oben getroffene Unterscheidung zwischen Nichtrecht und Unrecht anknüpfen. Ganz analog nämlich ist hier zwischen zwei Kategorien von Rechtlosen zu scheiden. Rechtlos ist ebenso derjenige, der noch nicht Staatsbürger ist, wie derjenige, der es nicht mehr ist. Beide sind nicht Staatsbürger, also auch nicht unter dem Gesichtspunkte zu betrachten, als ob ihre Zustimmung zu einem Gesetze notwendige Voraussetzung der Gültigkeit desselben sei. Aber in ganz verschiedenem Sinne.

Ganz ebenso wie bei dem Nichtrecht ist auch in der Zahl derjenigen, die noch nicht Staatsbürger sind, die Gruppe derer gesondert zu betrachten, welche der Sphäre der Staatsbürger so nahe stehen, dass sie die Forderung und damit das Problem einer Aufnahme in den Staatsbürgerverband erheben. Sie sind bis dahin „Objekt" der Gesetzgebung. Die Allheit schliesst sie aus. Oder vielmehr, wenn ihre Forderung, Staatsbürger zu werden, berechtigt ist, erhellt ja, dass die Allheit in Wahrheit nur Mehrheit ist, dass mit anderen Worten der Staat den ethischen Forderungen nicht genügt, die an ihn ergehen. Der Staat ist solange, statt Allheit, Mehrheit, als er — um Beispiele anzuführen — die Zugehörigkeit zu bestimmten Familien, ein bestimmtes Religionsbekenntnis, eine bestimmte politische Ueberzeugung, ein bestimmtes Geschlecht für diejenigen verlangt, welche in ihrer Gesamtheit als Gesetzgeber betrachtet werden sollen; in diesen Fällen schliesst er nämlich diejenigen von den staatsbürgerlichen Rechten aus, die mitzuumfassen er gleichwohl den Anspruch erhebt. In einem natürlich ganz anderen Sinne ist der Angehörige eines fremden Staates rechtlos; sein Verhältnis zu der Staatsbürgereigenschaft ist das der einfachen Negation. Doch es kommt ja hier wiederum nur auf Prinzipien

an, nicht darauf, den Kreis derjenigen zu bestimmen, die Aufnahme in die Allheit, Orientierung der Allheit an ihnen fordern dürfen.

Wie äussert sich die Wirkung der Staatsidee denjenigen gegenüber, die nicht Staatsbürger sind? Der Mangel wird einfach dadurch geheilt, dass die Staatsbürgerfähigkeit nicht länger verkannt wird. Der Staat muss sich umgestalten, um diejenigen in Wahrheit aufnehmen zu können, die er bis jetzt hatte abseits stehen lassen; es ist ja klar, dass jede Erweiterung des Kreises, dem Sinne der Allheit entsprechend, dieser einen neuen Inhalt geben muss. Ebenso aber müssen diejenigen, die Staatsbürger werden sollen, innerlich auf den Staat eingestellt sein; sie müssen seine Bedeutung für Recht und Sittlichkeit erkennen; sie müssen es erlernen, Gesetzgeber zu sein. Damit erhebt sich in diesem ganzen Umkreise die pädagogische Aufgabe einer *staatsbürgerlichen Erziehung*, also einer Hinlenkung des Einzelwillens auf die Allheit, einer Erweckung des Willens zum Staat. Es kann nicht Wunder nehmen, dass die Erziehung zum Staatsbürger derart den Nerv der Persönlichkeit trifft. Das macht, weil Recht und Staat korrelate Begriffe sind, weil Recht nur im Staat und durch den Staat, also nur für den Staatsbürger möglich ist.

Analog der früheren Untersuchung über Nichtrecht und Unrecht sehen wir, dass das Fehlen der Staatsbürgereigenschaft zum Ursprung der Staatsbürgereigenschaft wird. So nun wie das Unrecht vom Nichtrecht inhaltlich getrennt, methodisch mit ihm gleichgesetzt wurde, so gilt es auch hier in dem Verbrecher das Moment des μὴ ὄν zu erkennen, zugleich aber auch aufzuweisen, was den Nichtmehr-Staatsbürger vom Nochnicht-Staatsbürger scheidet.

Wir sehen: nicht jeder Nichtrecht-Zustand muss sich zum Recht entwickeln, ganz ebenso nicht jeder Nicht-Staatsbürger zum Staatsbürger; dagegen erhebt jedes Unrecht das Problem einer Umwandlung in Recht und jeder Verbrecher als ein Nichtmehr-Staatsbürger die Forderung einer Aufnahme in den Staatsbürgerverband. Deshalb muss die Frage der Unverbesserlichkeit für uns ausscheiden. Es darf als ethisches Problem nichts derartiges sich ergeben. Hier waltet nur die Kriminalanthropologie ihres Amtes. Wo nach dem Verdikte dieser Wissenschaft die Ziele der Strafe nicht zu erreichen sind, die Aufnahme in den Staatsbürgerverband nicht möglich ist, da handelt es sich um fundamental anders geartete Aufgaben des Staates. Sie mögen ähnlich in Erscheinung treten, das darf die Unterschiede nicht verdunkeln.

Der Verbrecher steht also nimmermehr, wie es bei Kant und Fichte scheinen möchte, ausserhalb des Staates. Gewiss, der Verbrecher hört auf, Gesetzgeber zu sein; aber im gleichen Augenblicke, in welchem er seine Fähigkeit, Gesetzgeber zu sein, verliert, stellt er auch die Aufgabe an den Staat, dass er dereinst wieder Gesetzgeber werde. Deshalb hört er nie auf, Beachtung als zukünftiger Gesetzgeber zu fordern. Und der Staat hört nie auf, ihn mitzuumfassen, wie früher als Staatsbürger, so jetzt als zukünftigen Staatsbürger und jetzigen Verbrecher. In diesem Sinne muss der Staat sich an dem Verbrecher als Verbrecher orientieren. Das bedeutet aber keineswegs — wie es das Ergebnis einer neueren strafrechtlichen Untersuchung [15]) ist — Anpassung des Staats an den Verbrecher. Denn in der hier geforderten Orientierung bleibt der Blick stets auf die Zukunft geheftet, auf den Menschen also, der als Einzelner sein Korrelat in der Allheit hat.

Die Aufnahme in den Staatsbürgerverband bedeutet für den Verbrecher eine Wiederaufnahme. Deshalb kann sie nicht unverändert wie bei dem Nochnicht-Staatsbürger durch eine Erziehung des Verbrechers und eine Umwandlung des Staates bedingt sein. Beide Forderungen kehren naturgemäss wieder, aber in etwas veränderter Gestalt.

Die Forderung einer Umwandlung des Staates schwächt sich ab zu der Forderung einer Prüfung, ob der Verbrecher nicht um deswillen die Orientierung an der Allheit verloren hat, weil der Staat ihm gegenüber nur Mehrheit war, weil also der Verbrecher seine vom Standpunkte dieser Mehrheit aus bestimmte, also zu eng umgrenzte Freiheitssphäre erweitern musste, wenn er nicht auf seinen eigenen Wert verzichten, also ethisch verkümmern wollte. In diesem Falle erwächst auch hier dem Staate die sittliche Aufgabe einer Erweiterung seiner Grenzen, hier also im echtesten Sinne einer Anpassung an den „Verbrecher", der in Wahrheit sich an der Allheit orientiert hatte und nicht an der fehlerhaften Darstellung der Allheit.

Die andere Forderung der Erziehung des Willens zur Allheit bleibt unverändert bestehen. Die Erziehung muss um so intensiver sein, als sich ein Willensmangel bereits deutlich offenbart hat. Doch es tritt noch etwas weiteres hinzu. Die Erziehung erstreckt sich nur auf die Zukunft. Wie aber sollte sie möglich

[15]) **Sternberg,** Die Selektionsidee in Strafrecht und Ethik (1911).

sein, ohne dass der Verbrecher zur Erkenntnis seines Verbrechens geführt würde, also ohne dass sein Wille den in dem Verbrechen sich offenbarenden Willensmangel negierte! Und dass es sich um einen Willensmangel handelt, kann ja nicht zweifelhaft sein; eine Erfolgshaftung kommt für eine ethische Begründung der Strafe nicht in Frage. Eine solche muss von der „Schuld", nicht von der „Rechtswidrigkeit" ausgehen. Diese Notwendigkeit, einen in der Vergangenheit vorliegenden Willensmangel zu heilen, stellt uns vor ein ähnliches Problem, wie wir es in der Diskussion des Unrechtsbegriffs antrafen. So wenig wie das Unrecht getilgt werden kann, so wenig darf der Verbrecher hoffen, sein Verbrechen ungeschehen machen zu können. Auch der Willensmangel hat seine positive Seite. Vom Standpunkte der Vergangenheit aus betrachtet, ist allerdings der Willensmangel dann geheilt, wenn der Verbrecher, vor die gleichen Willensentscheide gestellt, die Reziprozität der beiden Werte Einheit und Allheit achten würde. Aber eine solche rückwärts gerichtete Revision des eigenen Willens kann für die Vergangenheit keine Wirkung mehr hervorbringen; sie kann das Dasein des Willensmangels in der Zeit, dieses positive Moment, nicht negieren. Der Blick muss von der Vergangenheit abgelenkt werden; die Negation des eigenen in der Vergangenheit wirksam gewordenen Willens kann sich nur an den gegenwärtigen und zukünftigen Spuren der Vergangenheit offenbaren und vollziehen. Es erhebt sich also die Forderung, dass der Verbrecher die Folgen seines Verbrechens aufhebe.

Wir haben oben gesehen, dass die Forderung besteht, es müsse der Verletzte Ersatz für die Verletzung erhalten. Nunmehr sehen wir genauer, wie sich dies Postulat in den Kreis der gegen den Verbrecher gerichteten Massnahmen einbezieht. Gleichwohl bleibt damit eine Aufgabe des Staates postuliert, die überall da ihre konkrete Bedeutung zeigt, wo aus irgendeinem Grunde Ersatz durch den Verbrecher nicht zu verwirklichen ist.

Durch diese Forderung des Ersatzes scheiden sich die Ansprüche, die sich aus der Idee des Rechts heraus dem Nochnicht-Staatsbürger und dem Verbrecher gegenüber erheben. Die Verschiedenheit im Intensitätsgrade der Erziehung ist sekundär.

Es bedarf keiner Ausführungen, dass das Mass der Erziehung und des Ersatzes von der Grösse des Verbrechens abhängig sind, d. h. von der Grösse der Verletzung, welche der Idee der Allheit zugefügt worden ist, und damit auch der Grösse der hierdurch

hervorgerufenen Entfremdung der eigenen Persönlichkeit von der Idee der Allheit. Die beiden Begriffe „Erziehung“ und „Ersatz“ umfassen das Problem der Strafe nun aber keineswegs in dem Sinne, dass sie getrennt voneinander ihre Aufgabe zu erreichen hätten. Sie durchdringen und ergänzen einander. Es bleibt eine pädagogische und kriminalpsychologische Frage, auf welchem Wege das Ziel sich am schnellsten und leichtesten erreichen lässt. Die Erziehung des Willens zur Allheit kann die selbständige Erkenntnis und den freiwilligen Entschluss im Gefolge haben, die Früchte des Verbrechens wieder herauszugeben und Ersatz zu leisten. Es kann jedoch auch umgekehrt der Zwang zur Ersatzleistung die Revision der eigenen Handlungen bewirken und so den Willen zur Allheit vorbereiten. Wie sich die Forderung der Ersatzleistung in der Praxis durchführen lässt, ist eine Frage, die über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgeht.

Festzuhalten ist daran, dass es sich in der Strafe um sittliche Aufgaben des Staates handelt. Pflicht des Staates ist es, den Verbrecher wieder zum Staatsbürger zu machen. Es ist kein Gnadenakt, wenn der Staat dem Verbrecher die Möglichkeit gibt, wieder zum Staatsbürger zu werden; und es steht nicht im Belieben des Einzelnen, der zum Verbrecher geworden ist, ob er den vielleicht dornenvollen Weg gehen will oder nicht. Die Strafgewalt des Staates ist Straf r e c h t und Straf p f l i c h t. Das rechtfertigt den Z w a n g, welchen der Staat bei der Durchführung seiner Aufgabe anwendet.

Der Inhalt der Strafe, wie er hier formuliert worden ist, hat zu seinem begrifflichen Korrelat die Läuterung. Indem die Strafe verwirklicht wird, vollzieht sich aufseiten des Verbrechers die Läuterung. Mit diesem Begriffe der Läuterung hat C o h e n[16]) K a n t s Strafrecht, soweit dieses in der Staatsidee seine Wurzeln hat, fortgebildet; wir haben hier, ohne näher darauf einzugehen, nur die Parallele aufzuzeigen, in der die hier vorgetragenen Lehren zu C o h e n s Begründung des Strafrechts stehen. Die Strafe muss dem Verbrecher das sittliche Selbstbewusstsein wiedergewinnen; die Besserung und Befreiung kann einzig durch den Verbrecher selbst vollzogen werden, der Staat kann ihm lediglich Hülfe gewähren, ihm die Möglichkeit der Sühne geben; die Entsühnung vollzieht sich durch die in der Strafe zum Ausdruck kommende objektive Anerken-

[16]) Ethik des reinen Willens, 2 A. 377 ff. 383 ff.

nung des Rechts. Ueberall ist die Analogie deutlich ersichtlich; es muss dabei nur beachtet werden, dass in Cohens Ethik das Problem anders orientiert ist, es handelt sich ihm ausschliesslich um Fragen der Ethik und um das Heil des Einzelindividuums. Aber namentlich der Begriff einer objektiven Anerkennung des Rechts ist bedeutsam und fruchtbar.

Cohen[17]) bezeichnet die Vergeltung als das tiefste Prinzip der Strafe. Und diese läuternde Strafe könnte allerdings als Vergeltung auftreten. Jedoch sehen wir sofort: nur als eine Vergeltung um des Verbrechers willen, nicht aber als eine Vergeltung für das Verbrechen. Das ist nicht der Sinn, wie er der Strafe von dem Vergeltungsgedanken diktiert wird. Dieser hat das Wohl des Staates, nicht des Verbrechers im Auge. Die Vergeltung wird vollzogen, um dem Staate Genugtuung zu verschaffen. Dass das seelische Heil des Verbrechers bei solchen Erwägungen keine Rolle spielt, ergibt sich zur Genüge schon daraus, dass hier die Todesstrafe ihre feste Wurzel hat. Soll der Mörder etwa deshalb getötet werden, damit er selbst von seinem Verbrechen gereinigt werde? Ist es nicht geradezu ein Schlagwort der modernen Vergeltungstheoretiker, es sei die Tat und nicht der Täter zu bestrafen? Zudem würde selbst im günstigsten Falle Vergeltung nur einen Teil des hier aufgestellten Strafbegriffes decken.

Ebensowenig darf aber eine Subsumption unter die sogenannte Zweckstrafe statthaben. Abschreckung und Sicherung müssen ganz ausser Betracht bleiben. Genugtuung und Besserung haben hier, wenn überhaupt eine Zugehörigkeit angenommen werden soll, einen ganz anderen Sinn.

VI.

Es kann nicht Wunder nehmen, dass in unserer Idee der Strafe Spuren der klassischen und der modernen Schule sich zeigen. Die Staatsauffassungen, auf denen beide Lehren beruhen, werden überbrückt durch die These der Reziprozität von Einheit und Allheit. Darum prätendiert die Strafe, wie sie das Ergebnis dieser Untersuchung bildet, Retribution und Prävention in sich aufzunehmen und dadurch zu überwinden.

Zugleich aber stellt sie sich beiden, wie überhaupt jedem Strafbegriff, als Strafidee bewusst gegenüber. Sie orientiert sich

[17]) L. c. 379.

an einer Idee, nicht wie diese an Gegebenheiten, an dem bestimmten Staat oder an der bestimmten Gesellschaft, kurz am positiven Recht. Auch da, wo man sich zu dem Gedanken eines „positiven Staates überhaupt" oder einer „Gesellschaft überhaupt" erheben will, wird dieser Gegensatz nicht aufgehoben. Beide Begriffe bedürfen zuvor einer Rechtfertigung und Ableitung aus der Idee des Staates; ihre Einseitigkeit muss sich dabei erweisen.

Aber daraus, dass die Strafidee auf eine Idee des Staates bezogen ist, erwächst notwendig eine Schwierigkeit. Der Staat der Erscheinung wird stets der Strafe im Sinne der Vergeltung als eines Mittels zur Verhütung des Autoritätsverlustes bedürfen. Ebenso kann die Gesellschaft niemals auf ihre konstitutionellen Garantien verzichten; sie muss durch Abschreckung, Genugtuung, Sicherung die Erhaltung und Förderung ihrer Sicherheit wollen. Die Strafe des positiven Rechts kann also die Strafidee nicht restlos zur Darstellung bringen; ihr positiver Charakter muss ihr rudimentär anhaften. Aber gerade dies ermöglicht den Fortschritt. Es ist aufgezeigt, nach welcher Richtung hin die Reaktion des Staates gegen das Verbrechen sich entwickeln soll. In verschiedenen Graden findet jede Strafrechtstheorie Ansätze zu einer solchen Entwicklung in sich vor. Die den einzelnen Theorien anhaftende Einseitigkeit ihrer Tendenzen muss zum Ausgleich gebracht werden. Dies ist nur möglich, wenn die einander widerstreitenden Strafrechtslehren möglichst rein zur Darstellung gebracht werden. Von Kompromissen dagegen, wie sie heute erstrebt werden, ist ein Fortschritt in der Erkenntnis des Wesens der Strafe nicht zu erhoffen.

Für die Strafidee ist der Begriff des Staatsbürgers notwendige Voraussetzung. „Wie der Sklave keinen Teil am Frieden hat, kann er auch keinen verlieren." [18]) Ohne „Mannheiligkeit" keine Friedlosigkeit. Wo der Verbrecher kein Staatsbürger ist, oder ein Staatsbürger minderen Rechts, da kann die Strafe niemals über eine positiv-rechtliche Begründung hinaus. Diese Erwägung trifft die Fälle nicht, in denen wegen mangelnden Alters der Aufstieg zum Staatsbürger noch nicht vollzogen ist; zeigt schon jedes Verbrechen des Erwachsenen, dass der Staat seiner Erziehungspflicht nicht genügt hat, und ist schon hier die Strafe zu einem Teil als Ersatz des früher

[18]) **Binding**, l. c. 14.

Versäumten aufzufassen: so beim Jugendlichen erst recht. Dem Nichtbürger gegenüber jedoch kann die Idee der Strafe nicht wirksam werden. Diese setzt voraus, dass es überhaupt keinen Nichtbürger, also auch keinen „Ausländer" gibt. Sie fordert, dass der Staat sich zum Weltstaat erhebt, und dass hier letzten Endes das Recht seine Fundierung findet.